Erläuterung des § 770 BGB.

Auszug
aus der
Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg
vorgelegt von

Carlos Strunz
Ref. im Bez. des Kammerger.

Berichterstatter: Prof. Dr. Leonhard.

Gedruckt mit Genehmigung der Fakultät
Marburg (Lahn) 1922

Druck von C. Köhler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Nach dem erſten Entwurf konnte im Gegenſatz zum früheren Recht der Bürge weder Anfechtung noch Aufrechnung an Stelle des Hauptſchuldners geltend machen. Ebenſo war es ihm verſagt, ſich auf die Anfechtbarkeit oder Aufrechnungsmöglichkeit zu berufen, bevor der Schuldner die entſcheidende Erklärung abgegeben hätte. Da dieſe Beſtimmungen für den Bürgen Härten enthielten, hat die II. Kommiſſion ihm die Faſſung gegeben, die in den nunmehrigen § 770 BGB. übergangen iſt.

Wenn auch dieſe Schöpfung des § 770 ohne Zweifel einen Fortſchritt gegenüber dem erſten Entwurf bedeutet, ſo gewährt die neue Vorſchrift dem Bürgen keinen genügenden Schutz gegenüber dem Hauptſchuldner. Schutzlos iſt der Bürge, wenn der Schuldner in doloſer Weiſe das anfechtbare Rechtsgeſchäft beſtätigt oder die Friſten verſtreichen läßt, ohne von ſeinem Anfechtungsrecht Gebrauch zu machen. Alsdann erliſcht die Einrede des Bürgen. Nur wenn die Vorausſetzungen des § 123 BGB. vorliegen, wird der Bürge durch den Verzicht des Schuldners nicht benachteiligt. Denn neben der Anfechtungsbefugnis ſteht dem Schuldner, falls er zur Eingehung der Verbindlichkeit durch eine unerlaubte Handlung des Gläubigers beſtimmt worden iſt, eine Einrede gegenüber dem Anſpruche des Gläubigers nach § 853 zu: dieſe Einrede hat auch der Bürge nach Maßgabe des § 768 Abs. 1 Satz 1, ſelbſt wenn der Schuldner auf ſie verzichten ſollte (§ 768 Abs. 2).

Weiß hingegen der Bürge bei Übernahme der Bürgſchaft, daß die Hauptverbindlichkeit anfechtbar iſt, ſo wird hierin ein Verzicht des Bürgen auf die Geltendmachung ſeiner Einrede auf Grund der Anfechtbarkeit zu erblicken ſein. Ebenſo wird ein Verzicht des Bürgen auf ſeine Einrede vorliegen, wenn er den Gläubiger befriedigt, obwohl er weiß, daß dem Schuldner das Anfechtungsrecht noch zuſteht.

In der Regel wird der Schuldner den Bürgen von der Anfechtbarkeit der Hauptſchuld in Kenntnis ſetzen. Es kann

jedoch vorkommen, daß der Bürge leistet, ohne zu wissen, daß dem Hauptschuldner das Anfechtungsrecht und infolgedessen ihm — dem Bürgen — die Einrede aus Abs. 1 zusteht. In diesem Falle kann der Bürge das Geleistete nicht zurückfordern. Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Hauptschuldner später (also nachdem der Bürge in Unkenntnis der ihm zustehenden Einrede geleistet hat) die Anfechtung mit Erfolg vornimmt. Hier kann der Bürge die Herausgabe des Geleisteten verlangen gemäß § 812 Abs 1 in Verbindung mit § 142. Ein Rückforderungsrecht ist dem Bürgen gleichfalls gegeben nach § 812 Abs. 1, wenn er in Unkenntnis der erfolgten Anfechtung leistet.

Im 2. Abzatz des § 770 wird das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen auf Grund der Aufrechnungslage des Gläubigers behandelt. Dieses Recht zur Verweigerung der Leistung setzt voraus, daß dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben ist, sich durch Aufrechnung zu befriedigen, sowie daß die Forderung, die dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zusteht, fällig ist. Hiernach steht die Einrede dem Bürgen also nur dann zu, wenn der Gläubiger die Aufrechnungsbefugnis hat. Obgleich das Gesetz nur diese Möglichkeit erwähnt, werden im Schrifttum noch zwei andere Ansichten vertreten. Die einen wollen die Einrede dem Bürgen nur gewähren, wenn der Hauptschuldner die Aufrechnungsbefugnis hat, die andern auch dann, wenn nur der Hauptschuldner das Aufrechnungsrecht hat. Diesen Ansichten, für deren Begründung unter anderm die Absicht des Gesetzes, die Analogie des Abs. 1, die Rechtsgeschichte und ein argumentum a fortiori angeführt worden sind, kann nicht beigetreten werden. Eine derartige Auslegung ist abzulehnen, weil dieselbe einmal den Wortlaut des Gesetzes gegen sich hat, dann aber den Gläubiger, der am meisten des Schutzes bedarf, vernachlässigt.

Das Gesetz macht des Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen von dem Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen abhängig. Dementsprechend wird dieses entfallen, wenn die Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn der Gläubiger oder der Schuldner diese beseitigen.

Hingegen ist es ohne Einfluß auf die Einrede des Bürgen, wenn der Hauptschuldner auf seine Aufrechnungsbefugnis verzichtet, weil der Bürge die Leistung verweigern kann, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann.

Trotz der positiven Fassung des § 770 fragt es sich, ob auf andere Tatbestände, bei denen auch ein Willensakt des Hauptschuldners in Frage kommt, den der Bürge an seiner

Stelle vorzunehmen nicht befugt ist, eine entsprechende Anwendung des § 770 Abs. 1 zulässig ist.

Hinsichtlich der Minderung hat die Frage bereits die gesetzliche Regelung in § 768 BGB. gefunden, denn ihre Geltendmachung durch den Bürgen selbst bedeutet keinen Eingriff in die Rechte des Schuldners. Es ist daher dem Bürgen die Einrede gemäß § 768 zu gewähren und aus denselben Erwägungen auch die entsprechende Einrede aus § 478.

Die Zulässigkeit der Berufung des Bürgen auf das Rücktrittsrecht und die Wandlungsmöglichkeit des Hauptschuldners ist ebenfalls zu bejahen. Allerdings bedingen Rücktritt und Wandelung eine Erklärung des Hauptschuldners, welche der Bürge an seiner Stelle nicht abgeben kann. Indessen ist der für die Anfechtbarkeit und Aufrechnung geltende Rechsgrundsatz entsprechend auf Rücktritt und Wandelung anzuwenden, weil durch diese das Schuldverhältnis ebenso in seinem Bestande getroffen wird wie durch Anfechtung und Aufrechnung.

Das Wahlrecht des Hauptschuldners bei einer Wahlschuld kommt für den Bürgen nur dann in Betracht, wenn auf eine der mehreren Leistungen gegen ihn geklagt wird. Zu der eingeklagten Leistung kann der Bürge aber nicht eher gezwungen werden, als bis der Schuldner die Wahl getroffen hat. Der Bürge kann deshalb die Befriedigung des Gläubigers solange verweigern, bis der Schuldner die Wahl getroffen hat. Einer Klage auf wahlweise Leistung kann jedoch der Bürge die Einrede aus dem Wahlrecht des Schuldners nicht entgegenhalten.